



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Graduação em Direito

Fernanda Rego Lima

A OPÇÃO PELO ABORTAMENTO EUGÊNICO DE FETO ANENCÉFALO:
Uma perspectiva de interpretação do ordenamento jurídico

Brasília

2010

Fernanda Rego Lima

A OPÇÃO PELO ABORTAMENTO EUGÊNICO DE FETO ANENCÉFALO:

Uma perspectiva de interpretação do ordenamento jurídico

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

**Orientador: Professor Ivan Cláudio Pereira
Borges.**

Brasília

2010

Fernanda Rego Lima

A OPÇÃO PELO ABORTAMENTO EUGÊNICO DE FETO ANENCÉFALO:

Uma perspectiva de interpretação do ordenamento jurídico

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

**Orientador: Professor Ivan Cláudio Pereira
Borges.**

Brasília, 18 de Outubro de 2010.

Professor Ivan Cláudio Pereira Borges

Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

Este trabalho teve a finalidade de discutir a problemática da anencefalia, situação em que podem ser desrespeitados o valor da vida e a dignidade humana. Partindo-se da premissa de Dworkin (2009), tem-se que a vida humana carrega um valor intrínseco, sagrado e inviolável, que deve ser observado nos debates em bioética. Nesse sentido, a possibilidade de opção pelo abortamento é a maneira mais eficaz de garantia pelo seu respeito. Feitas as observações pertinentes acerca do valor instrínseco da vida humana e do princípio constitucional da dignidade humana, além do estudo dos princípios de Bioética que se fazem pertinentes à questão, faz-se necessária uma perspectiva da maneira pela qual se dará o melhor respeito à mulher que se depara com o diagnóstico da anencefalia. É opinião da maioria das pessoas que o abortamento, no caso da anencefalia, é uma medida moralmente permissível, tendo em vista que pode minimizar o sofrimento da gestante. Com base em tais considerações, o presente trabalho aborda a anomalia de forma a fundamentar que a mulher terá o respeito por sua dignidade garantido com a opção pelo abortamento.

Palavras-chave: Anencefalia. Abortamento. Vida. Valor. Dignidade da Pessoa Humana. Interpretação conforme a Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A VIDA COMO VALOR	9
<i>1.1 As Concepções Controvertidas que Envolvem as Divergentes Posições.....</i>	<i>9</i>
<i>1.2 Da Eugenia</i>	<i>15</i>
2. A FRUSTAÇÃO DA VIDA.....	22
<i>2.1 A Moralidade do Abortamento</i>	<i>22</i>
<i>2.2 O Valor Sagrado</i>	<i>25</i>
3. UMA PERSPECTIVA DE INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO	31
<i>3.1 A Aguião de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005</i>	<i>31</i>
<i>3.2 A Reflexão sob a Ótica do Princípio da Dignidade Humana</i>	<i>37</i>
<i>3.3 Uma Perspectiva de Interpretação do Ordenamento Jurídico</i>	<i>45</i>
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A problemática da anencefalia pode acarretar, para uma mulher grávida, o fim de todo o valor especial que a gravidez representa. A expectativa de que aquela nova vida que está por vir pudesse trazer alegrias, bem como o nascimento que atribuiria um novo significado para a vida da futura mãe, podem ser malgrados pelo diagnóstico da grave anomalia, que provocará a morte da criança momentos após o parto.

Confirmado o diagnóstico, a maior parte das mulheres que enfrentam tal situação são acometidas de transtornos emocionais e se veem obrigadas a levar a gestação a termo. No entanto, segundo profissionais de saúde que se manifestam quanto à questão, o abortamento se revelaria uma medida terapêutica, uma vez que pode minimizar o sofrimento da mãe. O abortamento é medida condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro, porém, é admitido em caráter necessário, quando a gestante corre perigo de vida, ou quando for praticado para minimizar o sofrimento da mulher que foi vítima de violência sexual.

O objetivo do presente trabalho é refletir, com o apoio doutrinário de filósofos e juristas de referência, sobre uma nova perspectiva de compreensão do ordenamento jurídico, no sentido de que o abortamento de feto anencéfalo seja um direito garantido à gestante, ante seu viés terapêutico. Para tanto, apresenta-se a anencefalia como uma questão na qual se faz imprescindível a observância aos princípios da Bioética, da garantia constitucional da dignidade humana e do valor sagrado da vida.

Assim, busca-se responder, à luz do pensamento de Dworkin, a questão referente ao conflito que a anencefalia acarreta, a maneira pela qual se dará o efetivo cumprimento dos direitos humanos, e o respeito pelo valor intrínseco da vida e à dignidade humana.

Iniciou-se a discussão de acordo com o que para Ronald Dworkin (2009) é primordial em qualquer debate que se dê sobre a vida humana. O primeiro capítulo do presente trabalho ressalta que para o referido autor, questões éticas de conflito individual que levam a sociedade a pensar sobre a vida e a morte devem se dar a partir da premissa de que a vida humana possui um caráter sagrado e inviolável. Diante de tal premissa, tem-se que as

correntes discussões sobre o início da vida embrionária, o momento em que o feto adquire a condição humana e quais são os possíveis direitos e garantias a ele atribuídos, são inadequadas e que se o debate se fundamentar tão-somente nessas teorias, os conflitos dificilmente serão pacificados.

Na mesma oportunidade, foi ressaltado que o debate em bioética deve se fundamentar de forma a não se incorrer em uma tentativa de gerar na sociedade uma nova eugenia. No entanto, o abortamento de feto anencéfalo não pode ser considerado como medida realizada em favor de uma tentativa de purificação ou aprimoramento da sociedade, uma vez que não tem o intuito de eliminar qualquer ser humano indesejado, mas sim o de proporcionar a melhor forma de se respeitar a dignidade humana.

O segundo capítulo tem o condão de fundamentar a tese de Dworkin, acerca do valor inerente à vida e o seu devido respeito. Destacou-se que o abortamento é em princípio uma medida condenável, mas que pode ser moralmente permissível em dadas situações. Foi apresentado o conceito de **frustração da vida**, premissa fundamental para a compreensão do que o autor se refere como as situações em que a medida se revela a melhor forma de respeitar o valor da vida humana.

Dworkin demonstrou que, em verdade, por mais que fundamentem suas posições justificando o aborto ou impondo sua condenação, as correntes de opinião não pressupõem que o feto seja uma pessoa, ou que seja uma pessoa em formação. A corrente que condena o abortamento, geralmente formada por religiosos, possui muitos adeptos que admitem a medida em algumas situações, nas quais não se leva em consideração o *status* metafísico do feto. Por outro lado, a corrente liberal, representada especialmente por associações em defesa dos direitos humanos, que não fundamenta sua posição com base na negativa de ser ou não o feto uma pessoa, é também formada de muitos que acreditam que o abortamento implica a morte de uma vida e que por isso, não deve ser praticado de maneira deliberada.

O último capítulo deste trabalho demonstrou que o direito brasileiro tem precedentes em que se discute a anencefalia e suas consequências, mas geralmente a busca do entendimento pacífico se perde em meio a tantas manifestações de caráter religioso ou

político, que acabam por distorcer a jurisprudência e distanciar a situação de uma possível previsão legal da medida.

No entanto, está em curso no Supremo Tribunal Federal – STF uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se discute o mérito da questão de forma a interpretar o ordenamento jurídico conforme a Constituição, no sentido de que o abortamento de feto anencéfalo seja um direito garantido à gestante. O pedido se fundamenta, em especial, no princípio constitucional da dignidade humana, demonstrando que a obrigatoriedade da manutenção da gravidez de anencéfalo gera à gestante uma situação análoga à tortura, um sofrimento degradante e inútil que levará à inevitável consequência: a morte da criança em poucos minutos ou horas.

A gravidez para muitas mulheres é um sonho, um ideal. No entanto, de acordo com Dworkin, a anencefalia pode acarretar a frustração desse projeto, um desperdício de vida, a degradação de todo o investimento emocional que a gravidez lhe proporcionou. A possibilidade da opção pela medida do abortamento se revela como a melhor forma de proteger a dignidade humana.

1. A VIDA COMO VALOR

1.1 As concepções controvertidas que envolvem as divergentes posições

Muito se questiona acerca das situações polêmicas que envolvem morte, vida e liberdade. Inúmeras discussões são travadas sobre os direitos que cada indivíduo tem sobre sua liberdade e autonomia, em especial, sobre as escolhas que podem ser tomadas e a legitimidade das restrições que lhe são impostas. E é certo que tais polêmicas se originam de conflitos milenares da intervenção do Estado na liberdade individual, que se prolongam no tempo. Entretanto, nunca se viram tais discussões de forma tão acirrada, “tão abertas e antagônicas, e a controvérsia sobre uma dessas questões nunca esteve tão estreitamente ligada à controvérsia sobre a outra”, como as que hoje se contemplam na mídia internacional, quanto ao direitos que o indivíduo tem quando se depara em uma situação de conflito de ideais ou de princípios. (Dworkin, 2009, p.1)

Tem-se, a exemplo disso, as correntes discussões sobre a eutanásia e as medidas a ela semelhantes, as pesquisas com células-tronco e a descriminalização do abortamento. O debate sobre tais questões conta com várias correntes de opinião, formadas por doutrinadores, cientistas, médicos, religiosos, associações e grupos de defesa dos direitos humanos. Entretanto, ainda não se pode dizer que se está perto de chegar a um entendimento pacífico. Isso porque a maior parte dos discursos se dá em considerações inadequadas, controversas e que não contribuem para solucionar os conflitos éticos.

Podem-se encontrar as mais variadas correntes de opinião julgando e condenando umas às outras.¹ Desde o alto clérigo das igrejas até as organizações feministas e de direitos humanos, todos se preocupam em defender fervorosamente a sua posição, o que resulta na dificuldade de haver consenso entre as autoridades. Geralmente, o discurso proferido pelas correntes mais influentes pauta-se em pensamentos mal fundamentados, que muitas vezes se esforçam não para propiciar uma melhor qualidade de vida para os que necessitam, mas sim para garantir sua influência política no governo e na sociedade.

¹ Dworkin (2009, p. 2) faz uma interessante comparação: “A guerra entre os grupos antiaborto e seus adversários é a versão norte-americana das terríveis guerras civis religiosas da Europa do século XVII. (...) O aborto está criando profundas divisões nos Estados Unidos. Está também desfigurando sua política e tornando confuso seu direito constitucional.”

É preciso, portanto, voltar o debate para outra ótica. Para o consagrado doutrinador norte-americano Ronald Dworkin, professor de Direito e Filosofia da New York University e de Teoria do Direito na University College, Londres, considerado um dos principais representantes da filosofia jurídica atual, as duas questões morais contemporâneas mais ferozmente discutidas são acerca do **abortamento** e da **eutanásia**, e merecem considerações que vão muito além das que se usam as correntes mais influentes. Muito mais do que os argumentos mais utilizados, o discurso sobre qualquer disposição sobre a vida humana deve se dar a partir da premissa de que:

“a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e que quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor” (Dworkin, 2009, p. VII).

Neste trabalho, serão discutidos os argumentos pertinentes à questão do abortamento de feto anencéfalo, por ser de grande relevância no meio jurídico e social, e que merecem as reflexões de Dworkin para um aprimoramento do discurso sobre o tema. O referido autor, em sua obra *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, derruba os argumentos mais consagrados acerca do abortamento, revelando, possivelmente, a melhor reflexão sobre o tema, que se posiciona de maneira a discutir, com absoluta prioridade, **que a vida humana tem um valor intrínseco e inato; que é sagrada em si mesma**, e que essa concepção tem alcance bem maior do que as demais apresentadas por outras correntes, eis que “aprofunda a reflexão sobre as diferentes concepções não apenas do valor e da finalidade da vida humana como também do significado e da natureza da morte humana”. (Dworkin, 2009, p. 94)

Para demonstrar a importância de se atribuir ao debate sobre o abortamento o respeito ao valor sagrado e inerente da vida humana, Dworkin faz críticas às posições que tradicionalmente compõem os polos dos debates e dos conflitos sobre o abortamento. Para o doutrinador, uma das correntes mais ativistas que se fazem presentes nos discursos sobre o abortamento de feto anencéfalo é certamente a corrente dos feministas e dos grupos de direitos humanos, à qual Dworkin se refere como *corrente liberal*, que defende que a mulher deve ter o amplo e irrestrito direito ao controle de sua reprodução, e que uma eventual gravidez indesejada pode ser interrompida por uma mera questão de conveniência. Essa

corrente eleva o direito que as mulheres têm de tomar suas próprias decisões sobre sua capacidade reprodutiva a um patamar de direito fundamental. Contudo, a defesa do direito de escolha da mulher, para que ela possa tomar suas decisões deliberadamente, revela-se de uma amplitude tão grande que desrespeita o valor intrínseco da vida:

“Todos esses aspectos da experiência de uma mulher grávida – tudo que existe de especial, complexo, irônico e trágico sobre a gravidez e o aborto – são negligenciados pela explicação liberal de que as mulheres têm direito ao aborto porque têm direito à soberania sobre as decisões pessoais, uma explicação que se aplicaria com a mesma força ao direito que a mulher tem de escolher suas próprias roupas.” (Dworkin, 2009, p. 77)

Em uma crítica à posição liberal, Dworkin cita os argumentos da professora Catherine Mackinnon (MacKinnon 1991, apud Dworkin, 2009, p. 72), da Faculdade de Direito de Michigan, uma importante advogada feminista, que também critica alguns argumentos falaciosos de suas colegas feministas sobre questões privadas das mulheres que se referem à liberdade de decisão e ao direito à privacidade. A argumentação de Mackinnon, para Dworkin, é sensata e poderosa porque evidencia uma questão crucial: se e quando o abortamento é uma eliminação injustificável de algo de importância intrínseca, e Mackinnon, então, passa a defender a surpreendente afirmação de que a importância intrínseca de uma nova vida humana pode depender do significado e da liberdade do ato que a criou.

As feministas que argumentam de forma a contribuir para o melhor debate sobre o abortamento não sustentam que o feto não seja uma pessoa com direitos morais próprios, mas insistem em que é uma criatura dotada de importância moral. Enfatizam não o direito à privacidade e à ampla liberdade de escolha da mulher, mas sim a sua responsabilidade de tomar uma decisão complexa que ninguém melhor que ela pode tomar, e que essa liberdade não pode ser restringida pela lei penal e todo o seu aspecto condenatório. (Dworkin, 2009)

Para ilustrar tal entendimento, Dworkin cita uma pesquisa da socióloga Carol Gilligan, professora da Universidade de Harvard, sobre como as mulheres norte-americanas normalmente pensam sobre o abortamento. (Gilligan, 1982, apud Dworkin, 2009, p. 81) Dentre outros estudos e pesquisas, a professora Gilligan analisou entrevistas com 29 mulheres que pretendiam abortar. Este estudo revelou uma característica surpreendente. As mulheres que participaram do estudo tinham dúvidas relevantes quanto à decisão correta a ser tomada e,

ao mostrarem isso, aparentemente nenhuma delas atribuía essas dúvidas a qualquer incerteza ou perplexidade diante da questão de se o feto é ou não uma pessoa com direito à vida. Mostravam-se preocupadas não com o *status* metafísico do feto, mas com um conflito de responsabilidades que viam como influência da família, das pessoas em geral e de suas próprias crenças. Diante da constatação de Gilligan, concluiu Dworkin:

“Esta é uma breve, porém exata descrição do que, por trás de toda a eloquente retórica sobre direitos e assassinato, a maior parte das pessoas encara como o verdadeiro defeito moral do aborto. Praticá-lo equivale a menosprezar o valor intrínseco – a santidade, a inviolabilidade – de uma vida humana e, portanto, configura um grave delito moral, a não ser quando o valor instrínseco de outras vidas humanas fosse menosprezado em uma decisão *contra* o aborto. (Dworkin, 2009, p. 83)

(...)

Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.” (Dworkin, 2009, p. 84)

Por outro lado, há a corrente contrária, que também possui relevante influência no debate, a corrente que seguem principalmente os grupos religiosos, popularmente denominada “movimento pró-vida”, cujos seguidores mais ortodoxos amparam suas opiniões no dogmatismo de suas religiões. Condenam todas as formas de abortamento, até mesmo as já permitidas em vários países como o Brasil, seja para salvar a vida da mãe ou para minimizar o sofrimento de uma mulher que tenha sido vítima de violência sexual, por acreditar veementemente que todo ser humano detém o direito fundamental à vida, que jamais poderá ser malgrado em benefício de outro, independentemente de qualquer condição.

Dentre essas correntes, há ainda os que não se enquadram exclusivamente em uma posição definida, uma vez que há graus de moderação em cada uma delas. Acreditam que o abortamento é moralmente permitido, em algumas situações, mas que também é condenável em outras, não devendo o juízo de mera conveniência ficar a cargo da gestante. Consideram injusto o abortamento para uma mãe que ainda não decidiu se terá um filho este ano ou no ano que vem, que espera uma menina, mas quer um menino, ou que acredita ainda não estar

totalmente preparada para criar uma filho. Também são favoráveis ao direito de escolha quando se constatar uma grave anomalia no feto.

É bem provável que esta última parcela da população, que tem opiniões moderadas, caminhe em uma direção mais correta, segundo o que se infere do texto de Dworkin, para promover os melhores discursos sobre o tema do abortamento em casos de anomalias graves e incompatíveis com a vida, como a anencefalia. Isso porque refletem sobre perspectivas que nenhuma das outras correntes consegue apreciar, sobre como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e que implicações tem isso para as decisões pessoais e políticas sobre o abortamento. (Dworkin, 2009)

A maior parte das considerações sobre o abortamento segue premissas inadequadas para justificá-lo ou condená-lo. Quase todos os posicionamentos baseiam-se na questão de ser ou não o embrião uma pessoa, se é sujeito ou não de direitos e interesses, e sobre a liberdade e a autonomia da mulher (Dworkin, 2009). Tomando por base tais premissas, que sugerem as discussões sobre a condição humana do feto e a consequente gama de direitos que lhe são garantidos, podem-se constatar inúmeras contradições nos discursos proferidos pelas correntes liberal e conservadora, porém, tais contradições serão evidenciadas no próximo capítulo deste trabalho.

O filósofo norteamericano Ronald Dworkin introduz a ideia de que a vida humana possui um caráter sagrado e inviolável, conforme apresentado acima, que deve ser a questão primordial de qualquer debate em bioética. Argumenta que a ideia de que o abortamento é um pecado ou uma iniquidade porque a vida humana é sagrada e inviolável é muito diferente da afirmação de que é um pecado ou uma iniquidade porque um feto tem o direito de viver. A primeira premissa sugere argumento contra a medida que não cita a possibilidade de o feto ter ou não direitos ou interesses próprios, ressaltando tão-somente o caráter sagrado e inviolável da vida humana. A segunda remete a uma discussão mais complexa, que pode nos levar a conclusões demasiado ambíguas para serem úteis (Dworkin, 2009).

Argumentar que o feto anencéfalo tem o **direito** à vida, e que, ainda que jamais tenha a oportunidade de se expressar, certamente tenha o **interesse** em nascer, pode nos levar a conclusões falhas. Dworkin critica a posição mais radicalmente antiabortamento,

constatando que muito poucas pessoas realmente acreditam que o feto seja, desde o momento de sua concepção, uma pessoa com direitos e interesses de importância igual aos de qualquer outro membro da comunidade, digam o que disserem.

Para a melhor reflexão sobre o abortamento é necessário abandonar uma série de preceitos usualmente utilizados. Não se deve levar em consideração as questões metafísicas sobre a condição humana do feto, se o feto é ou não uma pessoa e se portanto tem ou não direitos garantidos. Tanto os favoráveis à liberdade de escolha quanto os que condenam a prática muito recorrem a esse dispositivo para fundamentar suas opiniões, que revelam concepções tão opostas quanto absurdas, nada razoáveis. Os que se dizem contra a medida acreditam que o feto já é um sujeito moral, uma criança não nascida, uma pessoa dotada de direitos, a partir do momento da concepção. Conforme relata Dworkin, “o outro lado acredita que um feto recém-formado não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango.” (Dworkin, 2009, p. 11)

Se por um lado encontram-se aqueles que defendem o direito de livre escolha da mulher, de forma ampla e até deliberada, em detrimento do direito de outro indivíduo que dela dependa, e por outro há aqueles que acreditam que o aborto é uma forma cruel de assassinato, que deve ser condenável em qualquer condição, parece ser compreensível o motivo pelo qual “não parecem realistas as propostas aparentemente sensatas de que a questão do aborto deva, de algum modo, ser resolvida mediante uma solução conciliatória”. (Dworkin, 2009, p. 10). No entanto, toda a confusão intelectual que permeia essa visão pessimista do debate sobre o abortamento pode ser eliminada por meio de uma solução jurídica racional, desde que se trate do abortamento levando-se em conta não a condição humana do feto, mas o caráter sagrado da vida humana, e sobre quais atos demonstram o devido respeito por ela. (Dworkin, 2009)

Com base em tais premissas, tem-se que o discurso sobre o abortamento não deve se pautar nas primeiras considerações alinhadas, que discorrem acerca da condição humana do embrião, e quais são os possíveis direitos a ele garantidos, pois assim há risco de se incorrer em contradições e incoerências. Deve-se levar em consideração a sacralidade da vida, de acordo com as premissas defendidas por Dworkin, com a ressalva de que este termo não remete aos preceitos religiosos, mas sim à condição de que a vida humana é **inviolável**

em sua natureza. Sendo assim, uma dada situação pode se demonstrar tão grave que a medida do abortamento seria a melhor maneira de minimizar o sofrimento de uma gravidez indesejada ou mal-sucedida.

Nesse contexto, partindo-se dos ensinamentos de Dworkin, o direito ao abortamento de feto anencéfalo deve ser encarado como uma medida que visa resguardar a melhor qualidade de vida para a mãe que se encontra em tal situação. Para casos de gravidez de feto inviável, leciona o doutrinador que haverá menor **frustração da vida** caso se defenda o direito de escolha, todavia, tal consideração será melhor tratada em momento posterior deste trabalho.

1.2 Da Eugenia

Em se tratando de polêmica, sempre haverá a tentativa de uma corrente denegrir um pensamento divergente. Em seus discursos, cada corrente se usa dos mais diversos artifícios para convencer seus espectadores e imputar às demais as posições radicalistas. A corrente liberal acusa os religiosos dogmáticos de hipocrisia e demagogia, que tem concepções alheias à realidade, de proteger não a vida do feto, mas de querer exercer um controle sobre a liberdade sexual das mulheres (Dworkin, 2009). Por sua vez, esta corrente imputa àquela a condição de assassina, que defende a tão odiada eugenia, o que, a princípio, pode parecer verdadeiro, tendo em vista que prega a liberdade e a autonomia de maneira muito ampla. Portanto, oportuna se faz uma breve consideração sobre as acusações de eugenia que recaem sobre aqueles que defendem a descriminalização do abortamento de feto anencéfalo.

Os cientistas que tratam do tema tendem a discutir a respeito da denominação da problemática abordada, se o termo “eugênico” carrega uma extensa e preconceituosa conceituação. Para Frydman (2001), a eugenia soa como condenação, pelo fato de remeter a práticas desumanas de alguns povos para atingir um ideal étnico, tais como as mortes de crianças por serem “indignas” de viver, na antiga Esparta, e principalmente aos crimes praticados pelos nazistas com o massacre dos judeus e outros povos não pertencentes à “raça ariana”, a fim de “purificar” a sua sociedade.

Eugenia é algo complexo de definir. O antropólogo inglês Francis Galton definiu o termo eugênico como “bem nascido” e conceituou a eugenia como *o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente* ou, em outras palavras, melhoramento genético a partir da seleção artificial.²

O acontecimento mais famoso que pôde, segundo alguns historiadores, caracterizar-se como o maior propagador de doutrinas eugênicas foi o nazismo alemão. Entretanto, acerca das origens da eugenia na Europa, pode-se descobrir que, nos séculos que antecederam o Holocausto, alguns países europeus temiam o crescimento desproporcional das camadas mais pobres da população e que isso propiciasse uma degeneração biológica.³

Uma conceituação mais adequada para o eugenismo mais aceita pela doutrina moderna é, certamente, a dada por Frydman (2001):

“(...) no sentido estrito, consiste precisamente em reduzir na população o número de indivíduos portadores de anomalias genéticas, de taras, impedindo a transmissão de patrimônios hereditários anormais.”

Segundo o citado cientista, o eugenismo hoje é presente na medicina, amplamente compreendido e até praticado pela sociedade, através dos exames de pré-natal e do diagnóstico pré-implantação (DPI), recomendado a casais com alta probabilidade de transmitir doenças genéticas aos filhos, revelando uma seleção artificial. Todavia, para alguns cientistas, a eugenia é praticada na sociedade mais do que se pode imaginar.

Entretanto, a eugenia facilmente resulta em significados tão diversos que distorcem e comprometem os debates em Bioética. Eugenismo não pode, então, ser praticado como uma política de purificação da raça humana, com o propósito de se atingir uma etnia utópica, mas deve ser usado como um meio de garantir a melhor condição de saúde pública.

² WIKIPEDIA. *Eugenia*. 2010. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia>>

³ WIKIPEDIA. *Eugenia*. 2010. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia>>

Uma interpretação do pensamento de Foucault (Fonseca, 2002, p. 193) pode contribuir para a problemática proposta. O filósofo traz à tona dois conceitos, com fundamental pertinência aos estudos em Biodireito, sendo eles a Biopolítica e o Biopoder:

“São procedimentos que envolvem a formação de saberes e a concretização de atuações precisas sobre um grupo de indivíduos que constituem uma “população”, entendida como uma unidade portadora de sentido em função dos processos biológicos, das regularidades, constantes e variações que carrega. Procedimentos que não implicam propriamente uma exclusão ou uma disciplina, mas que implicam um certo “governo”, cujo foco central de atuação seriam os processos inerentes à vida, ou seja, implicam uma “arte de governar” como forma de atuação de uma “**biopolítica**”. Trata-se da série “mecanismos de segurança – população – governo”, série que constituiria o campo daquilo que se poderia designar pelo termo biopolítica.”

O Biopoder, para Foucault, será conceituado como

“(…) o conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que na espécie humana constitui seus traços biológicos fundamentais vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia política, de uma estratégia geral de poder (...) O biopoder encontra seu contraponto mais evidente no “direito de vida e morte” de que é detentor o poder soberano. Derivado formalmente da fórmula romana do *patria potestas*, que concedia ao pai de família o direito de dispor da vida de seus filhos e escravos, o direito de vida e morte, em sua versão “moderna”, não se apresenta como um privilégio absoluto, mas constitui-se num direito assimétrico. Por ele, o soberano marca o poder que tem sobre a vida dos súditos através da morte que pode impor sobre eles. Desse modo, o direito de vida e de morte que detém o soberano pode ser entendido como o “**direito de fazer morrer ou deixar viver.**”

No entanto, apesar da estratégia, a naturalidade da população não deve, nem é possível, ser totalmente controlada. Gerir essa naturalidade implicaria gerir interesses pessoais intangíveis, imprevisíveis, tendo em vista que a população é formada por diferentes indivíduos e em constante transformação. Foucault apresenta um exemplo de mecanismo de controle da varíola, dos surtos que ocorriam na Europa a partir do século XVIII. As práticas de inoculação e vacinação utilizadas no controle da epidemia, em vários países, podem ser consideradas como uma aplicação do Biopoder.

Baseando-se no modelo kantiano, escreve Engelhardt (1974; 1987; 1988; 1996 apud Barreto, 2003), ante a incapacidade de consciência de si, da racionalidade e capacidade de conceber a possibilidade do elogio e da crítica:

“Os fetos, as crianças, os retardados mentais, os que se encontram em estado comatoso terminal são exemplos de **seres humanos que não são pessoas**. Eles pertencem à espécie humana, mas, por não terem condições de exercer plenamente a consciência moral, terminam por não participar da comunidade humana, que se caracteriza pelo *exercício dessa consciência como fator primordial no seu funcionamento*.”

Aplicando uma interpretação das ideias de Engenhardt (1974; 1987; 1988; 1996 apud Barreto, 2003), a condenação do abortamento de um feto deficiente deve ser afastada, pois não se trata de uma “pessoa em potencial”, que nunca poderá usufruir dos direitos das pessoas humanas. Entretanto, tal concepção é perigosa e deve ser analisada com cautela, pois nos remete à discussão anteriormente travada sobre a Eugenia. Em uma interpretação restritiva tem-se que, sob esta posição, aquelas pessoas incapazes para a vida civil, que não seriam “pessoas em potencial”, jamais seriam detentoras de direitos das pessoas capazes.

Por outro lado, não se deve difundir a discussão por meio desse aspecto, conforme bem relata Dworkin (2009), sob pena de descuidarmos dos princípios constitucionais que garantem a todo e qualquer indivíduo a ampla proteção de suas garantias individuais, independentemente das patologias que apresente.

A incapacidade, para o Direito Brasileiro, não restringe nenhum direito ao incapaz, senão a prática direta de negócios jurídicos, podendo estas pessoas ser representadas por seus curadores para os atos da vida civil, uma vez que detêm capacidade de direito. Incapazes, para o Direito Civil Brasileiro, são aqueles que, em razão de limitações físicas e psicológicas, estejam impossibilitados de manifestar real e juridicamente a sua vontade ou por não gozarem de total capacidade de discernimento e autodeterminação e, portanto, não possuem aptidão para exercer pessoalmente seus direitos. (Filho e Gagliano, 2007)

Impende a suposição de que algum dia a medicina esteja em um estado tão avançado de suas descobertas que possibilite o diagnóstico preciso de que um embrião muito

provavelmente sofrerá, quando criança, de uma doença terrível como o câncer ou de uma anomalia cardíaca que lhe provocará a morte de forma muito prematura. Se esta notícia chegar aos pais da criança, poderão eles escolher pela interrupção da gestação, tendo em vista que em poucos anos terão de lidar com a perda do filho? Ronald Dworkin e alguns cientistas imaginam situações parecidas com esta, para refletir sobre os limites da ciência, e os liberais que defendem o direito de escolha acima de qualquer preceito fundamental deveriam se atar a considerações como esta para ponderar acerca das liberdades e garantias individuais.

Tal indagação certamente ainda levará algum tempo para ser propriamente discutida. Por enquanto, resta, a conclusão de que a incapacidade da criança anencéfala não poderá servir de justificativa para a interrupção da gravidez. Se assim o fosse, haveria justificativa para o abortamento de fetos deficientes ou de fetos que se tornariam crianças portadoras de anomalias ou de algum transtorno mental. Estaria presente, sem dúvida, a eugenia, o que poderia resultar em uma grave banalização da vida.

Remetendo à discussão acerca da nomenclatura da prática abordada, para alguns cientistas, o termo **aborto humanitário** emprestaria o ideal sentido à medida, em oposição ao termo aborto eugênico, mais utilizado, uma vez que já é aceito por parte da doutrina penalista para os casos em que se faz necessário minimizar o sofrimento da mãe, quando a gravidez for resultado de estupro ou quando for verificado risco de vida para a mãe.

A eugenia foi muito praticada pela sociedade desde os povos mais antigos. O temor de que a sociedade se formasse por indivíduos “indesejados”, seja por suas características físicas, seja por não pertencer à etnia mais nobre, culminou em atitudes que se assemelham às práticas eugênicas menos devastadoras, reconhecidas por alguns como eugenia “positiva”⁴ porque visava a aprimorar a raça humana. Ainda que os diagnósticos pré-natal ou os aconselhamentos genéticos sejam cada vez mais adotados pela sociedade moderna, que condenou o Holocausto e qualquer outra forma cruel de seleção artificial da sociedade, é necessário que sejam praticados com a devida cautela, de forma a, conforme dito anteriormente, promover a melhor condição da saúde pública. Felizmente, é fácil constatar que a sociedade moderna certamente é a que mais se adaptou e que melhor recebeu as pessoas

⁴ WIKIPEDIA. *Eugenia*. 2010. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia>>

com deficiência e as pertencentes a diferentes etnias. Ainda que este processo esteja em evolução, nunca se imaginou que tais mudanças acontecessem de forma tão veloz.

Entretanto, a anomalia ora tratada, a questão da anencefalia, merece uma consideração especial. Muitos médicos caracterizam-na por ser **incompatível com a vida**, por se manifestar em um feto que, se vier a viver, muito provavelmente falecerá minutos ou horas depois. Na realidade, em termos estatísticos, em 75% dos casos de anencefalia, há aborto espontâneo nos primeiros meses de gestação. Nas gestações que conseguem chegar ao final, há parada cardiorrespiratória nos primeiros minutos ou horas depois da expulsão do útero. Entre 40% e 60% dos anencéfalos sobrevivem logo após o parto, contudo, apenas 8% sobrevivem mais de uma semana, e 1% vive entre 1 e 3 meses (Oliveira, 2005).

É de suma importância ressaltar que o diagnóstico certo da anencefalia pode ser feito entre as 12.^a e 18.^a semanas de gestação, por meio de exame ultra-sonográfico, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. Dessa forma, uma vez diagnosticada a anencefalia, é consenso de que não há nada que a medicina possa fazer ao feto, visto que sua sobrevivência após o parto será praticamente impossível. Não há vida duradoura possível para o anencéfalo fora do útero da mãe. Não se trata de vida em potencial, mas de morte segura.

Para Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Procuradora-Geral da República, em manifestação nos autos da ADPF 54/2005⁵, ação que em que se discute o mérito da problemática da anencefalia, que será tratada em arremedo de conclusão deste trabalho, não é cabível a imputação da prática de eugenia nas hipóteses de abortamento por anencefalia. Isso porque na modalidade de abortamento eugênico, realiza-se a eliminação do feto por ser portador de algum tipo de deficiência ou por apresentar alguma característica tida como indesejável pelos pais ou pelo Estado. O eugenismo, então, é condenável porque tenta construir uma raça “pura e imaculada”, mesmo que ao preço da eliminação de seres potenciais que não se ajustem aos parâmetros desejáveis.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

A procuradora alega que a hipótese de eugenia não pode ser discutida na ação, uma vez que, em se tratando de anencefalia, não há vida potencial do feto, o que difere da situação da eugenia praticada contra pessoas com deficiência.

É imprescindível que a discussão acerca do tema e as decisões judiciais a serem tomadas sejam sempre analisadas de forma a permitir que seja resguardado o direito de autonomia a mulheres que são surpreendidas com o diagnóstico da anencefalia e, também, que todo ser humano tenha seu direito à vida digna. Segundo Carvalho e Ferraz (2002, grifo nosso) é **“indicar caminhos que viabilizem a discussão e possibilitem o uso responsável da ciência, sem nunca desconsiderar o ser humano em sua sagrada humanidade”**.

2. A FRUSTRAÇÃO DA VIDA

2.1 A Moralidade do Abortamento

Ao mesmo tempo em que constata que a controvérsia do debate sobre o abortamento se dá praticamente em campos polarizados, em discursos amplamente antagônicos, Dworkin (2009) explica que, às vezes, pessoas que discordam veementemente entre si não têm uma ideia clara do objeto de sua divergência, mesmo quando esta é violenta e profunda. Segundo o doutrinador, aprofundando-se o exame, descobre-se que, em verdade, para quase todos – liberais e conservadores, grupos católicos e feministas – a discussão sobre o abortamento pretende saber se a medida é às vezes moralmente errada não por ser condenável ou injusta com alguém, mas pelo fato de negar e profanar a santidade ou a inviolabilidade da vida humana: “Trata-se de uma discussão sobre como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e que implicações tem isso para as decisões pessoais e políticas sobre o aborto.” (Dworkin, 2009, p. 33)

Tal constatação é de grande importância, não apenas por conferir maior clareza ao debate, mas porque contradiz a opinião pessimista de que a conciliação entre os grupos pró-vida e os feministas é impossível. Em verdade, a conciliação é utópica, pois poucos acreditam que algum dia a religião e a ciência terão convivência harmoniosa. No entanto, se o discurso sobre as questões importantes que envolvem a vida e a morte for travado com a devida observância a este princípio, que se refere ao caráter intrínseco da vida, é possível pensar que o discurso evoluirá de maneira racional, para que possa diminuir os conflitos que abalam pessoas que se deparam com uma anomalia grave, como a tratada no presente trabalho.

Para muitas pessoas, o abortamento é prática nunca, ou quase nunca, moralmente permissível. Ainda assim, para muitos dos moralmente muito conservadores, a lei deveria deixar as mulheres livres para tomarem suas próprias decisões quanto a abortar ou não, por considerar errado que a maioria ou o governo lhes imponham seu ponto de vista. Para Dworkin (2009), alguns conservadores assumem essa concepção com base no princípio de que Igreja e Estado devem ser separados: acreditam que a liberdade de decisão sobre o abortamento é parte da liberdade que as pessoas têm de tomar suas próprias decisões

religiosas. Ainda assim, muitos dos que concordam com a corrente conservadora, que acreditam que a lei deve proibir o abortamento, admitem algumas exceções, momento em que a prática se torna moralmente permissível.

O movimento antiabortamento, a corrente do Pró-vida, formada especialmente por religiosos, ainda que ampare suas concepções em dogmatismos, não dá especial atenção à questão da condição humana do feto para o debate sobre o abortamento. Isto porque muitos conservadores admitem exceções para a prática, evidenciando uma ideia diferente que se faz presente na base de quase todas as opiniões conservadoras sobre o abortamento: a ideia de que qualquer forma de vida humana tem um valor intrínseco e sagrado que devemos nos empenhar em não sacrificar. Todas essas afirmações sugerem uma fonte específica desse valor sagrado; vêem a vida humana como a mais grandiosa criação de Deus. (Dworkin, 2009)

A doutrina católica, com suas opiniões conservadoras, acaba por tornar o dogma religioso oficial muito mais distante das opiniões e práticas da maioria dos católicos. Dworkin (2009) cita como exemplo uma pesquisa de opinião Gallup, de 1992, que informou que 52% dos católicos norte-americanos acreditava que o abortamento deveria ser legal “em muitas ou todas” as circunstâncias; para outros 33% em “raras” circunstâncias, e somente 13% não admitiam o abortamento em circunstância alguma. A pesquisa revelou também que 15% dos católicos acreditavam que o abortamento é moralmente aceitável em todas as circunstâncias, 26% em muitas circunstâncias, 41% em raras circunstâncias e que somente 13% em nenhuma circunstância. Revelou ainda uma relevante e talvez não muito surpreendente constatação: Nos Estados Unidos, a probabilidade de que as mulheres católicas abortem não é menor do que a das mulheres em geral. Com isso, tem-se que o dogma doutrinado pela Igreja não garante a opinião extremamente conservadora das mulheres católicas, o que revela que mesmo aqueles seguidores da corrente conservadora em relação ao abortamento podem ter opiniões “liberais” em algumas circunstâncias.

No Brasil, não há grandes questionamentos morais em relação ao abortamento necessário, feito para salvar a vida da mãe ou em casos de estupro. Ainda que a Igreja, em alguns casos, manifeste-se contra tais medidas e provoque discussão na mídia, não são objeto de grande relevância quando se trata da polêmica do abortamento no contexto acadêmico e jurídico, tendo em vista que já estão previstas no ordenamento. No entanto, para muitos religiosos, o abortamento realizado pelas razões acima descritas não é tido como condenável.

Partindo-se desta reflexão, pode-se utilizar a constatação de Dworkin, que argumenta que quanto mais se admitem exceções à imoralidade do abortamento, mais claro se torna que a posição conservadora não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida:

“Seria contraditório insistir em que o feto tem um direito à vida que seja forte o bastante para justificar a proibição ao aborto mesmo quando o nascimento possa arruinar a vida da mãe ou da família, mas que deixa de existir quando a gravidez é resultado de um crime sexual do qual o feto é, sem dúvida, totalmente inocente.” (Dworkin, 2009, p. 44)

Do outro lado da questão, acontece algo semelhante com os que se dizem liberais. Dworkin revela que as concepções liberais sobre o abortamento não decorrem simplesmente da negação de que o feto seja uma pessoa com direito à vida, ou da afirmação de que o abortamento é permissível ainda que o feto o seja; elas pressupõem que outro valor importante está em jogo. Quase todas as pessoas com opiniões liberais – com a isenção das pessoas para as quais o aborto nunca é moralmente problemático – adotam um ponto de vista mais moderado e complexo. Também os que se dizem liberais baseiam-se em preocupações positivas que reconhecem o valor intrínseco da vida humana.

Segundo Dworkin (2009), a partir do momento em que o embrião é implantado no útero, o abortamento significa a eliminação de uma vida que já começou a existir, e só por esse motivo já envolve um grande custo moral. De acordo com a constatação do doutrinador, muitos dos que admitem exceções para a prática do abortamento partem da seguinte premissa:

“O aborto nunca é permissível por razões triviais ou frívolas; nunca é justificável, a menos que praticado para impedir algum dano grave. (...) Em segundo lugar, o aborto se justifica moralmente, não obstante, por uma série de razões importantes. Justifica-se não apenas para salvar a vida da mãe e nos casos de estupro ou incesto, mas também nos casos em que se diagnosticou uma grave anomalia fetal – as anomalias dos bebês com talidomida, por exemplo, ou com a doença de Tay-Sachs – que torna provável, se a gravidez for levada a termo, que a criança só terá uma vida breve, sofrida e frustrante.” (Dworkin, 2009, p. 45)

A concepção liberal é obviamente incompatível com qualquer pressuposto de que o feto é uma pessoa com direitos e interesses próprios. Entretanto, ainda que o pressuposto de que um feto não tem direitos ou interesses próprios seja necessário para

explicar a concepção liberal, não é suficiente porque não pode, por si só, explicar por que, mesmo para alguns liberais, existem casos em que o abortamento é moralmente errado. Sendo assim, surge o questionamento: se o feto não é sujeito de direitos e interesses, se não existe, portanto, uma *pessoa* que possa ser prejudicada pelo abortamento, por que ainda assim a prática deve ser moralmente condenada? **A verdade é que “a opinião liberal, como a conservadora, pressupõe que a vida humana tem em si mesma um significado moral intrínseco, de modo que é um erro, em princípio, pôr fim a uma vida mesmo quando não estão em jogo os interesses de alguém.”** (Dworkin, 2009, p. 47)

2.2 O Valor Sagrado

O debate sobre o abortamento, em seu mais complexo, porém, mais coerente caminho, deve se ater sobre os valores intrínsecos da vida humana, e não sobre a condição metafísica do feto e seus direitos e interesses. Em meio a toda controvérsia que se encontra nos debates travados entre as posições liberal e conservadora, há um enfoque comum e convincente entre elas. Surge, a partir da crítica de Dworkin (2009), uma surpreendente constatação:

“Muitas dessas afirmações, tanto as que condenam o aborto quanto as que o aprovam em circunstâncias cuidadosamente delimitadas, não tem por base o pressuposto de que o feto é uma pessoa. Todas afirmam uma idéia diferente que está na base das opiniões sobre o aborto que a maioria das pessoas defende: a idéia de que qualquer forma de vida humana tem um valor intrínseco e sagrado que devemos nos empenhar em não sacrificar.” (Dworkin, 2009, p. 50)

O abortamento não deve ser visto como uma medida em nada problemática, que não viola nenhuma questão moral, uma vez que sempre implica na morte de uma vida, ainda que não completamente formada. Mas deve se dar a partir de uma reflexão sobre um importante valor: o valor intrínseco e sagrado da vida humana. Nesse sentido, Dworkin (2009) relata que até mesmo teólogos e líderes religiosos conservadores também afirmaram explicitamente que a questão crucial sobre o abortamento não é saber se o feto é ou não uma pessoa, mas sim a melhor maneira de respeitar o valor intrínseco da vida humana.

Em pesquisa de opinião realizada nos Estados Unidos no ano de 1991 sob encomenda da organização *Americans United for Life*, exemplo citado por Dworkin (2009), foi pedido aos entrevistados que escolhessem, dentre uma lista de afirmações, a que melhor representava seus pontos de vista. Dos que responderam, 36,8% optaram por “O aborto é tão perverso quanto matar uma pessoa que já nasceu; é um assassinato”; e 11,5% consideraram que “O aborto é um assassinato, mas não é tão mau quanto matar alguém que já nasceu”; e 28,3% optaram por “O aborto não é um assassinato, mas é evidente que envolve a eliminação da vida humana.”

No entanto, ainda que o abortamento implique a perda de uma vida, há tendência de pensamento no sentido de que deve ser permitido em algumas circunstâncias, até mesmo algumas congregações religiosas manifestam-se nesse sentido. Tal consideração não deixa, entretanto, de revelar profunda observância ao valor intrínseco, sagrado e inviolável da vida humana, conforme Dworkin (2009, p. 52) explica as considerações liberais de algumas religiões:

“Cada uma entende que esse valor se fundamenta no amor e no poder criador de Deus, mas insiste em que uma atitude religiosa adequada deve reconhecer e avaliar um outro tipo de ameaça à santidade da vida: a ameaça que uma gravidez indesejada pode representar para a saúde e o bem-estar de uma mulher. Nesses casos, demonstrar respeito pela criação divina é algo que exige ponderação e equilíbrio, e não uma afirmação da prioridade automática da vida biológica de um feto sobre a vida plenamente desenvolvida de sua mãe.”

A posição que defende que uma medida como o abortamento pode ser permitida em determinadas situações entende que há de se observar a sacralidade da vida em todo o seu âmbito. Sendo assim, em alguns casos, o amplo respeito pela vida deve abarcar todos os envolvidos na situação, visando à melhor maneira, ao modo mais eficaz, de resguardar o respeito pela sacralidade da vida.

Quando se examinam as convicções que a maioria das pessoas têm sobre o abortamento, constata-se que não podem ser explicadas por pontos de vista que relatam ser ou não o feto uma pessoa, e que se é ou não um sujeito de interesses e direitos. As convicções mais presentes na opinião que a maioria das pessoas tem sobre medidas como o abortamento revelam, de acordo com Dworkin (2009), ainda que intuitivamente, a necessidade de

observância do valor sagrado da vida humana, quando puder ser violado por alguma circunstância que o arrisque. É um lugar-comum e ocupa posição central em nosso esquema de valores e opiniões. Nas palavras de Dworkin (2009, p. 97):

“Já mostrei que idéia é essa. Acreditamos ser *intrinsecamente* lamentável que a vida humana, uma vez iniciada, tenha um fim prematuro. Em outras palavras, acreditamos que uma morte prematura é intrinsecamente má, mesmo quando não represente nada de mau para uma determinada pessoa. Pensamos que o aborto às vezes é condenável não por violar os direitos de um feto ou prejudicar seus interesses, mas apesar de o feto não ter nenhum direito ou interesse em serem violados. A grande maioria das pessoas que têm opiniões fortes sobre o aborto – tanto liberais quanto conservadoras – acredita, ao menos **intuitivamente**, que a vida de um organismo humano tem valor intrínseco seja qual for a forma que assuma, inclusive a forma totalmente incipiente de um embrião recém-implantado. Digo “ao menos intuitivamente” porque muitas pessoas não associam suas concepções sobre o aborto ou a eutanásia à idéia de que a vida humana tem valor intrínseco. Para elas, a idéia é o planeta não descoberto que explica convicções que, de outro modo, seriam inexplicáveis.”

O abortamento não deixa, em princípio, de desrespeitar o valor intrínseco que tem toda vida humana, qualquer que seja a condição em que se encontre. No entanto, há um problema que deve ser levado à discussão: que outra questão deixa de respeitá-lo? Um médico demonstra respeito pela vida quando permite que a mãe morra para salvar o bebê? Em gestações decorrentes de violência sexual, qual decisão demonstra respeito pela vida, uma decisão contrária ou favorável ao abortamento? As duas situações questionadas por Dworkin já não são tratadas no Brasil com grandes polêmicas, já que estão previstas no Código Penal como exceções ao crime de abortamento, entretanto, podem ser objeto de reflexão sobre a moralidade da medida.

Dworkin ainda questiona uma situação semelhante à tratada neste trabalho. Caso um feto tenha deformações horríveis, permitir o seu nascimento demonstra respeito ou desprezo pela vida? Os critérios usados para solucionar tais questões podem revelar diversas respostas, uma vez que remetem a uma gama de questões filosóficas e religiosas. Essas respostas sobre a situação do abortamento são responsáveis pelas enormes divergências que temos e que ocasionam tantos conflitos.

Para demonstrar a ideia do valor sagrado que muitos acreditam ter a vida humana, Dworkin diz que a essência do sagrado encontra-se no valor que atribuímos a um processo, empreendimento ou projeto, e não a seus resultados considerados independentemente do modo como foram obtidos. Cita o exemplo de que a destruição deliberada de uma obra de arte horroriza não apenas pelo fato da perda da obra, mas porque o todo o processo de criação daquela obra foi também destruído, o que é uma consideração muito importante para muitas pessoas. (Dworkin, 2009)

Para o referido autor, muitos acreditam que o homem é produto da criação de Deus, ou da criação da natureza, para os que não são religiosos. Sendo assim, a destruição deliberada de uma forma de vida humana, ainda que na forma de um embrião recém-formado, é, segundo Dworkin, um erro, uma profanação do inviolável. A ideia da santidade da vida humana em sua dimensão individual é, para o doutrinador, a junção de duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação natural e a criação humana. A “criação” é o produto dos investimentos feitos naquilo que é considerado sagrado: por exemplo, uma criança é o conjunto do investimento natural, a criatura de Deus ou da própria natureza, e o investimento humano, que se dá quando o filho foi produto de uma gravidez planejada por seus pais, uma vez que essa decisão tem seu caráter criativo. (Dworkin, 2009, p. 116)

“Seja qual for sua forma ou configuração, a vida de um único organismo humano exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito.”

Partindo de tais premissas, Dworkin (2009) demonstra o pressuposto de que tanto os conservadores quanto os liberais acreditam que a vida humana é dotada de um caráter inviolável. O abortamento, que implica a perda de uma vida humana, é vergonhoso e

condenável. No entanto, para muitos, algumas situações demonstram que o abortamento pode ser moralmente permissível. Para explicar porque pode se ter tal premissa como verdadeira, Dworkin introduz o conceito de morte prematura, que pode significar uma tragédia. Por exemplo, para muitos, existe uma perda de vida maior com a morte de um jovem que a de um velho, ou com a de uma pessoa emocionalmente saudável que a de um suicida, ou a de um homem com filhos pequenos que a de um homem solteiro, sem com isso pensar que seria menos perverso matar um velho que um jovem, ou o homem solteiro do que o pai de família.

A concepção comum de que a perda da vida se dá na perda de possibilidades futuras, assim como é trágica devido ao que já aconteceu no passado. Por exemplo, a morte de um adolescente é pior do que a morte de um bebê, pois a morte daquele frustra os investimentos que ele e outros já tenham feito em sua vida – as ambições e expectativas que ele teve, seus planos e projetos, o envolvimento emocional e social que teve com outras pessoas. Nesse sentido, Dworkin (2009, p. 122) apresenta o fundamento principal de seu argumento sobre o desperdício da vida:

“Usarei o termo **‘frustração’** (ainda que a palavra tenha outras associações) para descrever essa avaliação mais complexa de perda de vida porque não me ocorre nenhuma palavra melhor para sugerir a combinação de considerações passadas e futuras que figuram em nossa avaliação do que constitui uma morte trágica.

(...)

O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quão lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração –, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido.”

Segundo as premissas de Dworkin, é esta a concepção que pode unir a maioria das pessoas quanto à possibilidade do abortamento de feto anencéfalo. A frustração da vida, para o doutrinador, pode se dar pela morte prematura, que destrói os investimentos naturais e pessoais previamente feitos. Ou pode ainda se dar por modalidades de fracasso: por deficiências físicas ou mentais, pela pobreza, por projetos malsucedidos, que prejudiquem a

oportunidade que uma pessoa tem de concretizar suas ambições ou de levar uma vida plena de realizações. No caso da anencefalia, a vida se frustra porque a vida da criança após o nascimento da criança será inevitavelmente breve e limitada. Para alguns, a frustração de vida será mais grave se o feto morrer no início da gestação – desperdiçando o milagre de sua criação e de seu desenvolvimento –, para outros, continuar a crescer no útero para nascer e levar uma vida breve e sem qualidade alguma provocará a maior frustração da vida, uma vez que acrescentaria à terrível perda da criação biológica da vida, a perda dos investimentos emocionais e pessoais que outros houvessem feito na expectativa da nova vida que estava para surgir. (Dworkin, 2009)

Certamente, as questões que envolvem morte também exigem que se pense na vida. Com essa conclusão, Dworkin (2009) agrega à vida uma importância primordial, um valor sagrado, inviolável, que deve ser respeitado da forma mais ampla possível. Uma questão que apresente uma possível ameaça ao valor sagrado da vida deve ser cuidadosamente analisada, de forma a garantir a melhor maneira de respeitar esse valor intrínseco da vida.

3. UMA PERSPECTIVA DE INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005

Com efeito, doutrinadores da Bioética e do Biodireito trazem a questão à discussão acadêmica, apresentando uma possibilidade de aplicação do abortamento de feto anencéfalo como abortamento eugênico, necessário ou humanitário, que visa minimizar o certo sofrimento da mãe, caracterizado por ser praticado em um feto que, em caso de vir a nascer, apresentará sérias complicações fisiológicas, devido às má-formações genéticas.

Nesse sentido, tem se levado à tona a discussão no Judiciário, com recorrência na mídia e em debates acadêmicos, pelo fato de tal questão ter sido levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal - STF, embora ainda não haja posição pacífica e definida, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF-54/2005, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com o apoio técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS, contando ainda com a manifestação, em audiência pública, das principais organizações e autoridades médicas e científicas do país, as quais puderam expor suas considerações contra e a favor do abortamento em caso de anencefalia, contribuindo para o enriquecimento do debate.⁶

O pedido pretende que o STF realize interpretação conforme a Constituição, a fim de se proceder à declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam o abortamento, e o artigo 128, incisos I e II, do mesmo diploma, que autoriza a medida quando realizada em caráter necessário ou humanitário, em relação à questão da antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, ante a ideia de que a proibição viola preceitos constitucionais.

Na referida ação, patrocinada pelo renomado advogado e doutrinador Luis Roberto Barroso, é apresentada a problemática da anencefalia de maneira abrangente, de forma a discutir a anomalia sob vários aspectos, procurando resolver o mérito da questão, a

⁶ BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. *Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

fim de evitar as decisões proferidas nas medidas liminares de abortamento de anencéfalos que acabam por distorcer a jurisprudência relativa ao tema. Na ação em referência, a CNTS, na qualidade de confederação sindical, propõe a discussão sob a ótica das dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores da saúde, aí incluídos médicos, enfermeiros e demais profissionais que atuam no procedimento de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, segundo a nomenclatura da medida por eles utilizada, e que se sujeitam a ações criminais, por violação aos dispositivos do Código Penal que criminalizam o abortamento. A discussão proposta ao STF revela não apenas o direito violado das gestantes, no que diz respeito à sua dignidade, mas também a restrição da liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores da saúde.

A referida ação define a anencefalia como uma das mais graves má-formações fetais congênitas, incompatível com a vida extrauterina, caracterizada por falha no fechamento do tubo neural, o que impede a formação dos hemisférios cerebrais e do córtex. Alega ainda que a anomalia acarreta a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, que é responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

Consta dos autos do processo em referência o parecer da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, que indica que a gravidez de feto anencefálico possui um caráter de risco maior do que o de uma gravidez normal e que traz graves danos à saúde mental da mulher, causando-lhe dor e sofrimento. Como principais complicações podem-se citar: 1) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas; 2) Sua associação com polihidrâminio (aumento de volume do líquido amniótico) é muito frequente; 3) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG); 4) Alterações comportamentais e psicológicas de grande monta para a gestante; 5) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo; 6) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério.

Nesse contexto, ante a constatação da inviabilidade do feto, tem-se que a medida em questão nem precisaria ser considerada prática abortiva. Na ADPF 54, destacou-se uma consideração relevante, diferenciando-se o abortamento da medida de antecipação terapêutica do parto:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO PROCESSO - SANEAMENTO - AUDIÊNCIA PÚBLICA. 1. Em substituição ao Colegiado, porque véspera das férias coletivas de julho de 2004, sem possibilidade de submissão do pleito de liminar ao Plenário, prolatei a seguinte decisão (folha 158 a 164): ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO. 1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a **antecipação terapêutica do parto.**”

Diante de tais constatações, a ação argumenta que a interrupção da gestação de feto anencéfalo é fato atípico, e que em nome do princípio geral da legalidade e do princípio da reserva penal, não pode ser vedado ou punido. Isso porque o abortamento implica a morte do feto (produto da concepção). Sendo assim, o abortamento é resultado direto dos meios abortivos, e tem relação causal com a potencialidade de vida extrauterina do feto. No entanto, a situação da anencefalia revela que a morte do feto é certa e inevitável.⁷

Ademais, argumenta que tal entendimento decorre do próprio conceito de morte adotado pelo direito brasileiro. De acordo com o disposto na Lei n.º 9.347/97, que permite a retirada de órgãos para fins de transplante após o diagnóstico de morte encefálica do doador, o indivíduo é considerado morto quando o cérebro deixa de ter atividade. O conceito de morte encefálica, portanto, é aplicável à situação da anencefalia, uma vez que o feto sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

A ADPF 54 também aduz que o abortamento de feto anencéfalo não está expressamente previsto no Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 128, como excludente de culpabilidade (assim como nas hipóteses de gestação que acarreta risco de vida para a mãe ou quando a gravidez é resultado de estupro), porque em 1940, quando da edição do Código, a tecnologia então existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias

⁷ BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

fetais incompatíveis com a vida. E apresenta a consideração de que a situação arguida não pode ser malgrada devido à falta de previsão legal que somente se deu por conta da precariedade dos recursos tecnológicos até então disponíveis:

“Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.”⁸

De acordo com Luis Roberto Barroso, a situação da anencefalia impende a interpretação evolutiva do Direito: “A norma jurídica, uma vez posta em vigor, liberta-se da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência objetiva e autônoma.” É essa prerrogativa que permite a adaptação da lei a novas situações, ainda que imprevisíveis ao legislador, “mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo.”

Para o ilustre advogado, o Código Penal exclui a punibilidade do abortamento em caso de gravidez decorrente de estupro porque em sua valoração de fatores como a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, o legislador fez uma **ponderação moral** e permitiu a cessação da gestação. No caso da anencefalia, a ponderação se faz ainda menos gravosa: de um lado há o intenso sofrimento da mãe e, de outro, a ausência de potencialidade de vida do feto.

No mesmo sentido, o Ministério Público Federal, em parecer proferido na ação em referência, expressa relevante constatação:

“Nota-se, contudo, que o próprio legislador penal não atribuiu à vida potencial do feto um valor absoluto, tanto que permitiu o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Se, diante da ponderação entre a vida em potência do feto e o direito da mãe, preferiu o legislador, nesta hipótese de estupro, privilegiar a proteção da gestante, é legítimo supor que ele não proibiria a interrupção da gravidez, restringindo a liberdade de escolha da mulher, quando, do outro lado, não houvesse vida possível. **Portanto, a própria interpretação evolutiva da legislação penal conduz à idéia da**

⁸ BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

admissibilidade da interrupção voluntária de gravidez no caso da anencefalia.”⁹

Destaca-se a conclusão apresentada pela arguente: “Afigura-se fora de dúvida que a antecipação de parto aqui defendida situa-se no âmbito lógico das excludentes de punibilidade criadas pelo Código, por ser muito menos grave do que a que vale para o aborto em casos de estupro.”

Ao considerar que “na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação” a CNTS, já citada, argumenta que não há potencial de vida a ser protegido pelo direito. O delito do abortamento deve ser entendido como praticado contra o feto com capacidade potencial de ser pessoa. Nesse contexto, cita a lição de Nelson Hungria:

“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.”

A ação em referência informa ainda que os profissionais envolvidos na atenção às mulheres em tal situação deparam-se com grande insegurança jurídica, tendo em vista que seus atos podem ensejar a propositura de ações criminais por violação ao dispositivo penal que criminaliza o abortamento. Para contornar a situação, algumas medidas liminares para a permissão de aborto de feto anencéfalo já foram concedidas no Brasil. Todavia, o debate judicial é quase sempre exaustivo, visto que, em várias ações, organizações principalmente religiosas ou de direitos humanos impetram inúmeros recursos e até mesmo *habeas corpus* em favor do nascituro, prejudicando a expectativa daqueles que ingressam com o pedido. Por vezes, a criança nasce e morre antes mesmo de o processo ser julgado.

⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

A mencionada discussão, travada por respeitáveis ministros, membros do Ministério Público e renomados doutrinadores do Direito e da Bioética, é o caso mais polêmico relativo ao tema em questão no Brasil, que ainda não foi julgado por conta de inúmeras manifestações de organizações religiosas que advogam contra as práticas abortivas. Por outro lado, o processo chama a atenção, também, de órgãos que pleiteiam o ingresso na ação na qualidade de *amicus curiae*, a figura do “amigo da corte”, emprestando à causa suas considerações técnicas, contribuindo para o aprimoramento do debate.

De maneira singular, o professor Luis Roberto Barroso versa sobre os preceitos fundamentais que devem ser observados para garantir o melhor tratamento às mulheres grávidas de fetos anencéfalos, no sentido de garantir o direito ao procedimento médico de antecipação terapêutica do parto, assim como a garantia legal do direito dos profissionais de saúde de realizar o procedimento amparados na liberdade pessoal e profissional.

Nesse sentido, o princípio da Dignidade Humana, inserido no artigo 1.º, inciso IV da Constituição Federal é apontado como violado, quando da obrigatoriedade da manutenção da gravidez de feto anencéfalo, na qual há certeza quanto à breve sobrevivência da criança, pois se revela uma ameaça à integridade física, moral e psicológica da mulher, podendo caracterizar-se em uma situação análoga à de tortura para a gestante, com intenso sofrimento físico e mental.

O princípio da Legalidade, Liberdade e Autonomia da Vontade, elencado no artigo 5.º, II, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, é também questionado na ação. Sendo assim, tem-se que a não proibição expressa do procedimento médico de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico no nosso ordenamento jurídico dá ensejo à interpretação pela prevalência da autonomia da vontade individual da gestante, preservando a sua intimidade e liberdade de escolha.

É apontado, ainda, como violado, o princípio do direito à saúde das mulheres grávidas de fetos anencefálicos, estabelecido no artigo 6.º *caput*, e 196 da Constituição. Isto porque, conforme preconiza a Organização Mundial de Saúde - OMS, **a saúde é o completo bem estar físico, mental e social**, e não apenas a ausência de doença. Ao Estado cabe, então, proporcionar todos os meios possíveis para a garantia do direito fundamental à saúde de

forma a evitar danos psicológicos, dor, sofrimento e riscos desnecessários, garantindo o acesso ao procedimento médico de antecipação do parto se assim for a vontade da gestante. Segundo a CNTS, a antecipação do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante e impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde.

Caso o objetivo da CNTS seja atendido, a propositura da ADPF ora tratada, além de obter a pacificação do entendimento sobre o abortamento, ou a antecipação terapêutica do parto nas situações de anencefalia, na denominação adotada pelos proponentes da ação, poderá ter implicações diretas na qualidade da assistência e na prática dos profissionais de saúde, tais como a melhoria da qualidade da assistência, com o respaldo legal da atuação dos profissionais e a possibilidade de prover a mais ampla e célere informação para as mulheres, pela opção da continuidade da gestação, com seus riscos inerentes, ou pela antecipação terapêutica do parto, de forma a aliviar sofrimento e riscos à saúde. Ademais, com a previsão legal, segundo a CNTS, se promoverá maior incentivo às políticas de prevenção de casos de má-formação fetal.¹⁰

3.2 A reflexão sob a ótica do princípio da Dignidade Humana

O notável avanço das pesquisas científicas da área de saúde proporciona à sociedade uma série de diagnósticos e tratamentos antes tidos como inacessíveis. De acordo com o relatado pelo Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva (2005, apud Oliveira, 2005, p.12), “na atualidade, as fronteiras entre o laboratório e a sociedade foram suspensas, conforme adverte Ulrich Beck, e a própria sociedade se transformou em um laboratório.” Todavia, em que pese o avanço das ciências da saúde propiciar acesso a soluções inovadoras, também se depara a sociedade com o surgimento de uma série de conflitos sobre os limites da ciência, sobre até que ponto pode a medicina garantir qualidade de vida, ou propiciar uma “ilusão”, como a busca pela imortalidade, a cura de todas as doenças, ou a clonagem de pessoas falecidas.

¹⁰ BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

Conforme relata Machado (1999, apud Oliveira, 2005, p. 32), na introdução de seu trabalho, ressaltando a importância da normatização da biotecnologia:

“Enquanto, na área jurídica e filosófica, pesquisadores se agitam na busca de novos conceitos e respostas, na tentativa de resolver as intrigantes questões, na área médica, com a rapidez do desenvolvimento científico, surgem, como “mágica”, novas técnicas que envelhecem no nascedouro as soluções encontradas.

Tendo em vista a rapidez com que a área biomédica vem se desenvolvendo (...), bem como a falta de regulamento, em nosso país, da utilização dessas técnicas, procura-se demonstrar a necessidade urgente de uma legislação específica sobre a matéria, a fim de serem garantidos e respeitados os direitos inalienáveis das pessoas”.

O desenvolvimento da medicina, segundo a professora Simone Born (Oliveira 2005, p. 33), se dá de forma desenfreada, sem critérios predeterminados e sem um consenso interdisciplinar (das ciências envolvidas) quanto ao que hoje é considerado ético e moral. No entanto, se o avanço tecnológico não respeitar o limite da ética e da moral, corre-se o risco da tentação de uma seletividade do sistema, da redução da diversidade humana, da possibilidade de uma neo-eugenia, da violação ao direito à privacidade genética, arriscando-se assim o efetivo cumprimento dos direitos humanos.

Para que a evolução da medicina e da biotecnologia não viole os direitos humanos, devem sempre ser observados os princípios da Bioética, **a Beneficência, a Não-maleficência a Autonomia e a Justiça**, destacados do livro *Principles of biomedical ethics* de Tom Beauchamp e James Childress, que são considerados fundamentais para a escola bioética.¹¹ Para Simone (Oliveira, 2005, p. 48), “estes princípios foram objeto de ‘uma longa evolução e elaboração histórica e hoje estão no epicentro da discussão bioética.’”

Em síntese, pode-se descrever os princípios referidos como norteadores dos atos humanos na visão da ética da vida (Oliveira, 2005), que ditam uma forma peculiar de definir e manejar os valores envolvidos nas relações dos profissionais de saúde e seus pacientes. Servem como regras gerais para orientar a tomada de decisão frente aos problemas

¹¹ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>

éticos e para ordenar os argumentos nas discussões de casos. O ponto de partida para orientar qualquer discussão ética deve ser a análise e ponderação desses quatro princípios fundamentais, de como podem eles ser respeitados em cada situação.

De acordo com o princípio da não-maleficência, o profissional de saúde tem o dever de não causar mal ao seu paciente, ou evitar possíveis danos. A beneficência indica a obrigação moral do profissional da saúde em agir em benefício do paciente. Este segundo princípio vai além da não-maleficência (alguns autores não chegam a citar a não-maleficência por considerá-lo inerente à beneficência) e exige que o profissional da saúde contribua para o bem-estar dos pacientes, de forma a minimizar os riscos de um procedimento médico e proporcionando a maximização dos benefícios que poderá realizar.¹²

O terceiro princípio indicado diz respeito à autonomia, à capacidade de uma pessoa tomar uma decisão que julga ser a melhor para si mesma. Para que possa exercer tal liberdade é necessária capacidade de agir intencionalmente, o que pressupõe razão, compreensão e deliberação para decidir de forma coerente; além de liberdade no sentido de estar livre de qualquer influência externa que possa comprometer a sua capacidade de autodeterminação.

O princípio da justiça, último princípio referido, carrega uma base filosófica em seu significado, sendo explicado com vários termos. Em síntese, pode ser descrito como a necessidade ética de, além de proteger a vida e a integridade das pessoas, evitar a discriminação, a marginalização e a segregação social, com a igualdade de direitos, a equidade na distribuição de bens, riscos e benefícios e o respeito às diferenças e aos interesses de todos os envolvidos nas relações do sistema de saúde.

Tais princípios estão previstos em na Resolução 196 do Conselho Nacional de Saúde – CNS, que dispõe sobre diretrizes e normas regulamentares para pesquisas envolvendo seres humanos, dada a sua fundamental aplicabilidade. A Resolução 196 explicita os princípios referenciais da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça,

¹² ¹² PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>

visando assegurar os direitos e deveres da comunidade científica, dos sujeitos da pesquisa e do Estado.¹³

Sendo assim, tem-se que para o desenvolvimento da ciência dentro dos limites da ética e da moral, deve-se ater aos preceitos éticos, como alternativas à redução do potencial negativo do desenvolvimento biotecnológico, explicitado por Simone Born (Oliveira, 2005) como problemático em se tratando de manipulação genética e da possibilidade de uma neoeugenia. A atuação da ciência deve se dar de forma a primar pela garantia da dignidade humana. Qualquer discussão acerca de biotecnologia deve ser analisada sob o prisma dos princípios de direitos humanos, do princípio constitucional da dignidade humana e dos princípios da bioética descritos acima.

Para uma mais ampla fundamentação jurídica da reflexão proposta no presente trabalho, é essencial recorrer aos estudos da Filosofia, em especial, da filosofia moderna, que trouxe grandes contribuições para os pesquisadores da área com as ideias dos renomados nomes Ronald Dworkin, Immanuel Kant e Michel Foucault, os quais embasaram ainda o trabalho de vários outros importantes estudiosos que tratam de questões semelhantes à ora tratada.

Conforme descreve o Prof. Dr. Reinaldo Silva, (2005, apud Oliveira, 2005, p. 12): “Deve-se a Immanuel Kant o reconhecimento de que o ser humano, mesmo tomado como simples possibilidade de realizar-se na sociedade e no Estado, já possui um valor infinito, sendo condição de toda a vida ética e jurídica.” Remetendo à discussão da conceituação de Pessoa Humana, é de grande relevância incluir a definição que Kant proporcionou, de maneira inteiramente racional, para a ideia de pessoa, não sendo a simples afirmação dogmática de valores ideais, “mas a constatação racional de características próprias do ser humano, que servem para diferenciá-lo das coisas e que irá dotar cada um deles de valores essenciais.” (2005, apud Oliveira, 2005, p. 12)

Kant explicita ainda que a dignidade das pessoas provém da condição de serem moralmente autônomas e que, por isso, merecem respeito. Kant influenciou o fundamento do princípio da dignidade humana com sua máxima de que cada indivíduo deve sempre ser

¹³ ¹³ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>

tratado pelo Estado e pelo Direito como fim, e nunca como meio (Oliveira, 2005). Sendo assim, conclui-se que com a obrigatoriedade da manutenção da gravidez de feto absolutamente inviável, imposta pelo Estado, os direitos fundamentais da mulher são afastados, mas não em prol da vida em potência de outro futuro ser humano, mas de valores religiosos ou morais particulares, tratando-se a gestante como um meio, e nunca como um fim em si: “Em outras palavras, ocorre a instrumentalização da mulher, cujos direitos mais básicos são desrespeitados em nome, no mais das vezes, de idéias religiosas ou morais desprovidas de substrato constitucional.” As convicções morais e religiosas do indivíduo são pessoais e não devem sofrer restrições de um Estado que se denomina Democrático de Direito.¹⁴

O ser humano é portador de dignidade ética e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis, a que o Estado e a comunidade científica devem respeito, por serem os meios naturais para o reto cumprimento de seus fins comuns. Assim, a dignidade não é uma criação do Direito, é um dado preexistente a toda experiência jurídica, que deve ser reconhecida a todo ser humano, na medida em que é um sujeito ético individual, isto é, um ser que possui a potencialidade de determinar-se, por intermédio da razão, para a ação em liberdade. (Oliveira, 2005).

A ética, em seu nível público, além de proteger a vida e a integridade das pessoas, objetiva evitar a discriminação, a marginalização e a segregação social.¹⁵ A premissa explícita a importância da discussão dos avanços em biotecnologia no meio acadêmico e jurídico, em respeito ao princípio da Justiça, que se fundamenta no preceito de que as pessoas têm direito a um mínimo decente de cuidados com sua saúde. Para Gracia, isso inclui garantias de igualdade de direitos, equidade na distribuição de bens, riscos e benefícios, respeito às diferenças individuais e a busca de alternativas para atendê-las, liberdade de expressão e igual consideração dos interesses envolvidos nas relações do sistema de saúde, dos profissionais e dos usuários.

¹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

¹⁵ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>

No âmbito acadêmico, em especial no campo do Biodireito, sendo este um ramo impulsionado pela necessidade de normatização da aplicação dos avanços biotecnológicos, com vistas a atuar como garantidor do cumprimento dos direitos humanos e dos princípios norteadores da Bioética (Oliveira, 2005), o debate sobre questões bioéticas tem origem a partir da reflexão de um princípio que já se tornou um brocardo jurídico, pois distanciado foi de sua conceituação original, de cunho ético-filosófico, o tão citado respeito pela **“Dignidade da Pessoa Humana”**.

O referido princípio, que se consolida em um dos fundamentos da República elencados no inciso III do artigo primeiro da Constituição, os quais devem sempre ser considerados os princípios norteadores do Direito Constitucional, possui um significado muito mais amplo do qual usualmente lhe é atribuído. Em verdade, “a ideia de dignidade humana é um conceito ético que, de acordo com alguns autores (Vaz, 1998), expressa-se politicamente no conceito político moderno da ‘Democracia’.” (Barreto, 2003). O conceito original deve ser resgatado, a partir da concepção que **a pessoa humana reflete, no estado democrático de Direito, uma série de valores que são determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, núcleo moral, político e jurídico**.

Para o advogado Luis Roberto Barroso, a dignidade humana é o valor e o princípio que move o processo civilizatório em múltiplas dimensões, na religião, na filosofia e no plano jurídico. Neste último, o princípio figura, desde o final de Segunda Guerra Mundial, em quase todos os documentos internacionais relevantes, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A dignidade humana se manifesta por meio de dois grupos de direitos: os direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, ao próprio corpo e o direito ao cadáver, e os direitos à integridade moral e psicológica, no qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, dentre outros.

Nesse sentido, a obrigatoriedade da manutenção da gravidez, para o doutrinador, viola as duas dimensões da dignidade acima referidos, pela imposição do prolongamento do sofrimento inútil e indesejado para a mulher. Do ponto de vista da integridade física, a gestante é obrigada a prosseguir com a gravidez, preparando-se para a chegada do filho que ela não vai ter. Quanto à integridade psicológica, é claro o sofrimento diuturno da gestante, que tem a certeza de que, com o parto, não haverá uma celebração da vida, mas um triste ritual de sepultamento.

Para parte da doutrina, e para os defensores da proibição do abortamento, os direitos do nascituro devem ser resguardados por estarem garantidos na legislação, sendo ele **titular de um direito em formação, por considerá-lo pessoa em potencial**. Conforme observa, com propriedade, Francisco Amaral (2002, apud Barreto, 2003):

“Observa, com propriedade, Francisco Amaral, que quando se fala em condição ou expectativa de direito estamos reconhecendo *ipso facto* o nascituro como titular de direito em formação e, desde o momento em que se reconhece a titularidade, estamos pressupondo a titularidade, qualidade específica da pessoa humana. Amaral, no mesmo texto, sustenta que para além do que se encontra explícito na lei, pode-se também concluir que **o nascituro tem personalidade jurídica**, pois o feto é considerado, em diversos artigos da lei brasileira, como possível sujeito de direitos.”

Francisco Amaral, citado no texto acima, acredita na existência da personalidade jurídica da pessoa antes mesmo do seu nascimento:

“(...) só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade jurídica, donde considerar-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. E conclui, e neste passo o jurista brasileiro concorda com a concepção de pessoa potencial, ao afirmar que **o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se possa consolidar.**”

A legislação civilista brasileira não alcança essa consideração, não prevê personalidade jurídica ao nascituro, ainda que contenha a disposição de que o embrião, desde a concepção, detém direitos resguardados, muito embora somente com o seu nascimento com vida se estabeleça a sua personalidade civil. Os tipos de filiação e a obtenção de direitos sucessórios são concedidos não a partir da vida embrionária, mas tão-somente a partir do nascimento com vida (artigo 2.º do Código Civil). A problemática se dá quando se depara o cientista em uma situação como na de gravidez de anencéfalo, em que há dois sujeitos detentores de direitos, mas como deve se estabelecer o equilíbrio entre eles.

De acordo com Débora Macedo Duprat de Brito Pereira, Procuradora-Geral da República, em manifestação nos autos da ADPF 54¹⁶ em favor do julgamento procedente do feito, existe intensa controvérsia jurídica e moral a respeito da tutela constitucional da vida intra-uterina. No julgamento da ADIn n.º 3.510, o Ministro Relator Carlos Ayres Brito proferiu o voto vencedor que endossou a tese de que a Constituição só protege a vida após o nascimento. Entretanto, para a procuradora, a Constituição já protege a vida em potência do feto, embora não o faça com a mesma intensidade com que tutela a vida humana após o nascimento. Esta proteção vai aumentando na medida em que avança a gestação, posição que tem prevalecido nas Cortes Constitucionais Europeias.

Para a situação da anencefalia, todavia, esta difícil discussão não tem relevância, de acordo com a manifestação da procuradora, uma vez que para o anencéfalo não há sequer vida em potencial. A interrupção da gestação apenas abrevia um desfecho inevitável.

É importante ressaltar que o estudo das considerações acima alinhadas, que dizem respeito à pessoa, ao ser humano e os princípios da Bioética e da dignidade humana, que visam a garantia do respeito aos direitos humanos, não devem ser entendidos como aplicáveis ao feto, tendo em vista que, conforme descrito no início deste trabalho, o debate sobre o abortamento não deve ser travado em torno da metafísica de sua condição humana, sob o risco de se incorrer em sérias incoerências.

Entretanto, para a problemática aqui discutida, faz-se necessária a consideração acerca da condição humana da mulher que espera por uma criança anencéfala. A reflexão sobre o valor intrínseco da vida, sobre a frustração que uma eventual anomalia fetal como a anencefalia poderá acarretar em sua vida, e a primariedade pelo respeito aos direitos humanos devem ser questões colocadas de maneira primordial. Não se deve considerar, no entanto, que a gestante tem mais direitos que o feto, esta é uma conclusão equivocada, que jamais será defendida por qualquer argumentação idônea que trate de questões bioéticas.

A obrigatoriedade da manutenção da gravidez de feto anencéfalo proporciona uma maior frustração da vida do que quando há possibilidade de opção pelo abortamento. É

¹⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

pertinente o entendimento apresentado na argumentação da petição inicial da ADPF 54, que será devidamente explanada mais à frente, que, diante da inviabilidade do feto anencéfalo, deve-se voltar o foco da garantia à dignidade da gestante. Isso porque:

“O reconhecimento de seus direitos fundamentais não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. (...) A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.”

Entendimento semelhante é o da Advocacia Geral da União – AGU,¹⁷ exposto em manifestação na ADPF 54, no qual foi considerado, ante o quadro clínico irreversível do feto, que não se deve perder de vista a vida da gestante como bem a ser tutelado, considerando-se que nos casos de anencefalia, o foco do embate merece ser direcionado à relação existente entre a defesa da saúde e a defesa da vida da gestante. Afirma também a legitimidade da medida de antecipação do parto ao poder decisório da mulher, vista como um ser humano livre, autônomo e investido de dignidade humana, e que a decisão por ela tomada se insere nos limites impostos pela legalidade.

A premissa que se deve ter em mente, portanto, é no sentido de pensar sobre a melhor maneira de garantir o amplo respeito ao valor intrínseco, sagrado e inviolável da vida, com a devida observância aos princípios da bioética e, em especial, com o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana.

3.3 Uma perspectiva de interpretação do ordenamento jurídico

Trazendo as ideias de Ronald Dworkin (2009) para o Direito brasileiro, que dispõe de uma vasta axiologia para fundamentar os conflitos de liberdade individual, podem-se encontrar respostas para algumas questões que envolvem também os conflitos de vida e morte. Tendo o princípio da Dignidade Humana, estabelecido na Constituição Federal, como

¹⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Alegações Finais ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 3 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

um princípio norteador do Direito pátrio, impende também a sua observância para a questão ora apresentada.

A vida humana é dotada de um caráter **sagrado**, no sentido de que possui um valor **intrínseco** e **inviolável**, que deve sempre ser resguardado. No entanto, algumas situações conflituosas surgem quando a sacralidade da vida humana se vê ameaçada, por uma circunstância que pode frustrar aquele valor. No presente trabalho, foi discutida uma circunstância que, em princípio, pode gerar uma grave frustração da vida: o diagnóstico da anencefalia, uma anomalia que se caracteriza por ser incompatível com a vida, pois apresenta risco certo de morte da criança em pouco tempo após o parto.

Ao se deparar com um diagnóstico de anencefalia, muitas mulheres são acometidas de sérios transtornos psicológicos, por não saberem se preparar para a morte do filho que ainda nem nasceu. A anencefalia pode representar para uma mãe uma frustração da vida, com a perda de todos os investimentos criativos de que é dotada a vida humana, premissa apontada por Dworkin como presente na opinião da maioria das pessoas que refletem sobre questões semelhantes.

Ademais, por não existir legislação, no Brasil, que permita essa prática, os julgadores fundamentam suas decisões em princípios muitas vezes alheios ao Direito, influenciados por manifestações político-religiosas de órgãos e associações que se utilizam dos mais diversos e, por vezes, mal fundamentados argumentos para direcionar as decisões, além de crenças pessoais de cunho ético e religioso. Essa é a causa pela qual as referidas decisões oscilam tanto, em razão das diferenças entre as convicções morais e políticas de cada julgador, dando ensejo a inúmeros recursos e distanciando cada vez mais uma posição pacífica na jurisprudência e de o direito vir a ser garantido em lei.

Em meio a tão relevante conflito, é possível constatar também uma grave violação ao princípio da Dignidade Humana, que também deve ser respeitado em todas as situações. Sendo assim, não somente pelas ideias de Dworkin, como também pela violação ao princípio constitucional, conforme bem demonstrado pelo professor Luis Roberto Barroso, compreende-se que a anencefalia é uma questão que merece ser cuidadosamente analisada pelo legislador brasileiro, com o fito de garantir não só o respeito pelo valor sagrado da vida,

como também pelo princípio que deve ser um dos fundamentos expostos na carta constitucional.

A legislação penal brasileira veda o abortamento, mas apresenta duas relevantes exceções, a que se refere à gravidez provocada por estupro, e a que apresenta risco de vida para a mãe. Tais exceções são denominadas por doutrinadores como modalidades de abortamento “ético, humanitário ou necessário”.

De acordo com a manifestação do Ministério Público Federal na ADPF 54¹⁸, há razões de teoria contemporânea do Direito Penal que impedem que se considere a antecipação terapêutica de parto como ilícito criminal, uma vez que não se concebe tipo penal sem lesão ou ameaça a bem jurídico. Diante de tal premissa, sabe-se que o bem jurídico protegido pelas normas que tipificam o delito do abortamento é a vida potencial do feto. Todavia, na interrupção da gravidez de feto anencefalo, não é a conduta da gestante ou dos profissionais de saúde que impede o seu nascimento com vida, pois o anencefalo é um “natimorto cerebral”. Assim sendo, a antecipação terapêutica do parto nesses casos não lesa o bem jurídico tutelado pelas normas penais incriminadoras em discussão, sendo conduta absolutamente atípica.

Em um Estado Democrático de Direito, é certo que o Estado tem capacidade restrita de controlar as vidas dos indivíduos e que eles detêm uma certa liberdade. Sendo assim, faz-se necessária a discussão acerca do alcance das liberdades individuais, de maneira que não sejam limitadas pelo Estado de forma discricionária, nem reivindicadas pela população de maneira desordenada.

Tratando-se de liberdade individual e do limite das atuações estatais, é bastante comum a opinião de que não compete ao governo ditar aquilo que seus cidadãos devem pensar sobre valores éticos e espirituais, em especial sobre valores religiosos, conforme explica Dworkin (2009, p. 18).

“Há alguns séculos, as pessoas matavam umas às outras porque acreditavam que certas formas de heresia ou de descrença eram demasiado iníquas,

¹⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

demasiado ofensivas às bases fundamentais da ordem moral para que pudessem ser toleradas. Hoje, porém, a maioria dos norte-americanos e dos povos de outras democracias ocidentais adota o ponto de vista oposto. Acreditamos que o fato de uma comunidade impor princípios de fé espiritual ou de convicção aos indivíduos é uma forma terrível de tirania, uma destruição da responsabilidade moral. Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas tem ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais.”

Pode-se concluir que o intuito de muitos dos que discutem a questão do abortamento de fetos anencéfalos é que a legislação preveja também a possibilidade de realização da medida quando for diagnosticada tal anomalia no campo do direito ao abortamento ético, humanitário ou necessário. Essa corrente acredita que a obrigatoriedade de manutenção da gravidez pode gerar prejuízos incalculáveis para a mulher.

Cabe ressaltar, novamente, a constatação apontada pelos doutrinadores, que relatam que o Código Penal brasileiro, ao dispor sobre o abortamento, não poderia prever, para os casos de abortamento necessário ou humanitário, os casos em que se diagnosticava o feto como portador de anomalia incompatível com a vida. Isto porque, em 1940, os recursos tecnológicos não permitiam a visualização do feto, e os médicos não dispunham de exames que pudessem dar um diagnóstico certo. Sendo assim, concluem os especialistas que, diante da situação extremamente vulnerável em que se encontra a mulher, e caso fossem acessíveis os exames comprobatórios da inviabilidade do feto, o legislador poderia ter incluído o abortamento de feto anencéfalo no campo do abortamento necessário ou humanitário.

Nesse sentido, impende a citação de Luis Roberto Barroso:

“Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.”

Com os entendimentos dos doutrinadores que defendem a corrente liberal, a pretensão do presente trabalho é fundamentar a tese de que somente com a previsão legal da

possibilidade de opção pelo abortamento de feto anencéfalo se promoverá o amplo respeito ao princípio da Dignidade Humana, além dos demais preceitos fundamentais. Relata Dworkin (2009, p. IX), ao expor seu objetivo de convencer pessoas que não concordam com seu posicionamento:

“(...) existe um enfoque convincente da controvérsia moral que lhes permita continuar a acreditar, com plena convicção, que o aborto é moralmente condenável, mas também a acreditar, com igual fervor, que as mulheres grávidas devem ser livres para tomar uma decisão diferente se suas próprias convicções permitirem ou exigirem. É esta a ambição maior deste livro.”

A dignidade humana e os demais preceitos fundamentais garantidos na Constituição, assim como o valor sagrado que Dworkin considera como intrínseco à vida, revelam importantes fundamentos para demonstrar como a questão do abortamento de feto anencéfalo deve ser cuidadosamente analisada. A crítica às correntes que dominam o debate sobre a questão, fundamentadas por Dworkin, revela que é de grande importância que se veja a vida como dotada de valor sagrado e que a busca pela garantia de Dignidade são elementos que devem se fazer presentes no debate sobre a questão.

A temática da anencefalia é matéria recorrente, também, no contexto internacional. Segundo levantamento da Universidade de Brasília - UnB, metade dos países membros da Organização das Nações Unidas - ONU, inclusive países católicos como Portugal e Itália, permitem o aborto de feto anencéfalo. A conclusão do estudo é que a permissão é tendência mundial.¹⁹

Cabe registrar que a ADPF 54 informa ainda a existência de uma lei na cidade de Buenos Aires, Argentina, que trata de gestações de fetos incompatíveis com a vida. Em 2003, foi sancionada a Lei n.º 1.044, que busca resguardar os direitos das mulheres grávidas de fetos portadores de má-formação irreversível e incurável, com prognóstico de morte intra-útero, ou em poucas horas depois do nascimento. Tal legislação parece ter sido cuidadosamente elaborada, pois é garantido à gestante o direito à interrupção da gravidez de até 24 semanas, mediante prévia autorização do médico da mulher, em qualquer hospital da

¹⁹ Universidade de Brasília. “Metade dos países autorizam aborto de anencéfalos”. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/metade-dos-paises-autorizam-aborto-de-anencefalos>

cidade, público ou privado, e prevê ainda tratamento psicoterapêutico à gestante e a seus familiares, desde o recebimento do diagnóstico até a sua reabilitação.

“Haja vista o avanço das pesquisas em genética e a interdisciplinaridade da questão que lhe é peculiar, a imposição de limites a estas mesmas parece ser necessária através de uma regulação pelo Estado; isso caso não haja um consenso entre os cientistas das várias áreas quanto à ética e à moral que nortearão essas mesmas pesquisas que afetam diretamente os seres humanos, como forma de garantir o efetivo cumprimento dos direitos humanos, bem como o cumprimento dos princípios universais norteadores da bioética.” (Oliveira, 2005, p. 34)

O Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva, no prefácio do livro da Prof.^a Simone Born de Oliveira, tece importantes considerações acerca da importância do Biodireito, no sentido da normatização dos avanços tecnológicos da área da saúde:

“Ainda que eticamente se admita que a pesquisa científica, enquanto conhecimento puro, não deva ter limites – diferentemente do que ocorre com a tecnologia, enquanto conhecimento aplicado –, não se nega legitimidade ao biodireito, pela mesma razão ética, para a disciplina dos meios de que a ciência se utiliza para produzir conhecimento, principalmente na área da genética humana, em que, conforme inicialmente explicitado, a lógica da pesquisa científica é colocada de cabeça para baixo, favorecendo-se primeiramente a implementação de suas hipóteses de investigação para, somente depois, realizar a correspondente experimentação. **Numa área em que não se sabe onde termina a investigação científica e onde começa a implementação tecnológica, já que em genética humana a implementação é considerada como experimentação, o biodireito tem importante papel a cumprir na promoção e defesa da dignidade humana.**”

Impende ressaltar, por fim, que a medida ora defendida, a liberdade de escolha entre a interrupção da gravidez ou o abortamento de feto anencefálico, não deve, jamais, dar-se de forma impositiva à gestante. O intuito daqueles que promovem a liberdade de opção pela medida é de proporcionar à mulher a melhor forma de ter seus direitos respeitados, em especial, a sua dignidade. Nada poderá impedir que uma mulher, munida de suas convicções pessoais, amparada por familiares ou por sua igreja e por uma equipe assistencial que lhe forneça suporte médico e psicológico, venha a levar sua gravidez a termo.

De acordo com a antropóloga Débora Diniz, a liberdade de escolha no caso da anencefalia representa a democracia plural e laica a ser protegida no Brasil.²⁰ Mas a vasta maioria das mulheres, ao ser confrontada com o diagnóstico de anencefalia no feto, opta pela antecipação do parto e interrupção do sofrimento. Segundo Diniz:

“Para elas, antecipar o parto é proteger-se diante da tortura de uma gravidez que não resultará no nascimento de um filho vivo. (...) Há experiências da vida humana para as quais não há respostas certas ou erradas para todas as pessoas. A decisão por antecipar um parto é uma delas. Não cabe ao Estado brasileiro determinar como as mulheres irão viver a experiência dilacerante de um luto precoce por um futuro filho. Assim como não cabe ao Estado forçar todas as mulheres a sublimarem o sofrimento em nome de valores metafísicos sobre o sentido ou origem da vida. A decisão sobre antecipar o parto de um feto com anencefalia deve ser entendida como matéria de ética privada.”

Novamente, impende ressaltar que o abortamento, em princípio, é medida moralmente condenável, tendo em vista que implica a morte de uma vida, ainda que não se possa considerar humana, propriamente dita. No entanto, algumas situações demonstram que a medida se faz moralmente permissível, para que se possa ter o melhor respeito pela dignidade humana.

²⁰ DINIZ, Debora e PENALVA, Janaína. *Dois mulheres e a suprema corte*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 2, setembro 2008.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, diante da premissa de Ronald Dworkin, que atribui à vida humana um caráter sagrado, inviolável e intrínseco em sua própria natureza, reflete sobre uma problemática corrente nas questões bioéticas, qual seja, a anencefalia e a maneira pela qual ela pode frustrar todo o investimento emocional realizado pela mulher durante a gravidez.

Nesse sentido, feitas as observações pertinentes acerca do valor instrínseco da vida humana e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária uma perspectiva sobre a maneira pela qual se dará o melhor respeito à vida que se depara com o diagnóstico da anencefalia. Para a maior parte das mulheres que se deparam com a anomalia, o abortamento é a medida que poderá minimizar o seu sofrimento e a angústia pela espera da morte da criança. É a medida que se faz moralmente permissível, portanto, porque se dá, da maneira mais eficaz, a garantia pelo respeito à sacralidade da vida e à dignidade humana, além de todo o arcabouço de princípios bioéticos e de direitos humanos que podem também fundamentar essa interpretação.

Sendo assim, a situação impende uma nova interpretação do ordenamento jurídico, eis que foi positivado de forma a criminalizar o abortamento, e a restringir suas exceções somente quando se der em caráter necessário ou sentimental. Neste trabalho, foi apresentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005, em tramitação no Supremo Tribunal Federal - STF, na qual é pleiteada a interpretação conforme a Constituição Federal dos artigos do Código Penal que permite o abortamento, de forma a que o alcance da norma seja estendido à situação da anencefalia, tendo em vista que a obrigatoriedade da manutenção da gravidez revela o desrespeito à dignidade humana.

Impende ressaltar que a interpretação do ordenamento jurídico aqui defendida é no sentido de que seja garantido à gestante a autonomia, o direito ao abortamento, que se dê de forma segura e com acompanhamento médico e psicológico, e nunca a obrigatoriedade da medida, tendo em vista que o nascimento da criança, mesmo que nas situações descritas, pode representar algo valioso para a gestante. É este o sentido que se busca ao fundamentar o respeito pela dignidade humana.

Ainda que em meio a tantas discussões, a questão permanece em aberto ao debate, uma vez que lida com a vida humana, que é objeto de difícil entendimento pacífico. No entanto, os resultados desse estudo evidenciam que o debate é saudável e essencial, se se der em condições de civilidade, respeito e consideração à opinião alheia. Conforme asseverou Dworkin (2009, p. VII), ao discorrer sobre o abortamento e a eutanásia: “é possível que dentre em breve esses dois problemas pareçam naturais quando confrontados com novas questões sobre o controle do ser humano sobre sua própria reprodução.” Isto porque essas “teríveis questões” serão inevitavelmente provocadas por nossa ciência e nossa medicina, com o desenvolvimento da biotecnologia.

Com efeito, é importante ressaltar o que Dworkin (2009, p. VII) revelou como a ambição maior de sua obra, em que se fundamenta este trabalho: a forma de tais questões também será regida pela convicção comum de que “a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e que quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor.”

REFERÊNCIAS

Universidade de Brasília. “Metade dos países autorizam aborto de anencéfalos.” Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/metade-dos-paises-autorizam-aborto-de-anencefalos>>

BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloisa e MEIRELLES, Jussara e BARRETO, Vicente (Org.). *Novos temas de Biodireito e Bioética*. 1.^a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Thais de e FERRAZ, Carolina. Aborto eugênico – uma questão biojurídica. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Alegações Finais ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 3 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Supremo Tribunal Federal. *Alegações finais. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 30 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-lei 2.848 (1940). *Código Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 10.406. (2002). *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Manifestação ADPF 54/2005*. Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Brasília, 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO PROCESSO - SANEAMENTO - AUDIÊNCIA PÚBLICA. 1. Em substituição ao Colegiado, porque véspera das férias coletivas de julho de 2004, sem possibilidade de submissão do pleito de liminar ao Plenário, prolatei a seguinte decisão (folha 158 a 164): ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO. 1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a **antecipação terapêutica do parto**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

DINIZ, Debora e PENALVA, Janaína. *Duas mulheres e a suprema corte*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 2, setembro 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2.^a Edição. São Paulo: WMF Martins Fones, 2009.

FABRIZ, Daury. Bioética e constituição: a Bioconstituição. In: Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FEITOSA, Gisleno. *Interrupção da gestação em caso de anencefalia: opinião de mulheres de classes populares em Teresina*. In: Tópicos em Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006.

FILHO, Rodolfo Pamplona e GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral. 9.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, Marcio Alves da. O domínio da vida e da governamentalidade. In: *Michel Foucault e o Direito*. 1.^a Edição. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FRYDMAN, René. O Espectro do Eugenismo. In: *Deus, a Medicina e o Embrião*. 1.^a Edição. Lisboa: Piaget, 2001.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da Bioética ao direito: Manipulação genética & Dignidade Humana*. 1.^a Edição. Curitiba: Juruá, 2005.